

El Protocol Familiar: La solució jurídica per a l'empresa familiar

Anna García Companys

Professora associada a temps parcial en el Departament de Dret Privat de la Universitat de Lleida

* Correu de contacte: agarcia@dpriv.udl.cat

Rebut 11 de desembre; Revisat 14 de desembre 2017; Acceptat 18 de desembre 2017

Resum

Les empreses familiars gaudeixen d'avantatges i tenen punts febles comuns que han estat àmpliament estudiats per la doctrina. Per atendre les diferències de criteri en la presa de decisions que sorgeixen freqüentment entre els membres de la família en moments claus de la vida de l'empresa, s'han creat mecanismes contractuals que protegeixen a l'empresa familiar quan afloren els conflictes. Aquest article pretén analitzar el règim jurídic aplicable a un d'aquests instruments des d'una perspectiva pràctica: el Protocol Familiar. Analitzarem alguns dels pactes més comuns que es donen en la realitat de les famílies empresàries per a què mantinguin la seva vocació de continuïtat i estabilitat, tot i els relleus generacionals.

Classificació JEL: K10, K20, K36

Paraules clau: Empresa familiar, Protocol familiar, Pacte parasocial

1. Introducció: L'empresa familiar i la seva rellevància econòmica

A Espanya, s'estima que el nombre d'empreses familiars ascendeix a uns 1,1 milions, prop del 89% del total d'empreses; generen un 57,1% del producte interior brut (PIB) i, aproximadament, creen el 67% de l'ocupació privada amb prop de 6.580.000 de llocs de treball, segons l'estudi "L'empresa Familiar a Espanya (2015)" realitzat per l'Institut de l'Empresa Familiar.

No obstant això, tot i tal rellevància econòmica i social, no existeix ni en l'ordenament jurídic espanyol ni en el comunitari (tot i que consten treballs preparatoris sobre una proposta de directiva específica sobre empresa familiar a nivell comunitari) una regulació positiva que desenvolupi el concepte de empresa familiar (Roca Junyent, 2005).

Les empreses familiars són tres vegades més longeves que les no familiars. El predomini d'empreses familiars de primera generació i l'abrupta caiguda en l'existència

d'empreses d'aquesta naturalesa que hagin aconseguit prosperar més enllà de la segona generació, són indicadors reveladors de la seva alta taxa de mortalitat i de seriosos problemes de canvi generacional i directiu (Camisón Zornoza i Ríos Navarro, 2016). Aquesta longevitat perdura només si segueixen una sèrie d'estratègies, ja que pateixen de punts febles que provoquen, en molts casos, la seva liquidació arribada la tercera generació. Tal i com afirma Daniel Lorenzo, director de la Càtedra Santander d'Empresa Familiar de la Universidad de Cadiz, *“tenint en compte que la vida mitjana de les empreses espanyoles és de 12 anys i que una generació suposa 25 o 30 anys en la vida d'una empresa, una companyia que arribi a la tercera generació tindria com a mínim 50 anys de vida, molt per sobre de la mitjana”*.

Valgui la redundància, el Protocol Familiar és un instrument propi de l'empresa familiar i, per això, cal delimitar què és l'empresa familiar ja que el Dret privat no ha prestat atenció específica a la seva definició fins a temps recents, residint les dificultats en la pluralitat de significats que tenen tant el terme *empresa* com el de *família* (Sánchez, 2010).

En aquest article vam optar pel concepte intermedi d'empresa familiar seguit per Camisón Zornosa, C. i Ríos Navarro, A. (2016): *“Organització que desenvolupa activitats econòmiques i en la qual una o diverses persones lligades per vincles de parentiu tenen una propietat suficient per al seu control de les decisions estratègiques en els òrgans de govern, existint a més almenys un membre de la família que assumeix funcions executives”*. En conseqüència, els trets característics de l'empresa familiar serien els següents: es tracta d'una empresa, és a dir, desenvolupa activitats econòmiques de producció de béns i serveis; és familiar perquè una persona o grup familiar posseeix una majoria del control de capital de la mateixa i, la família no només contempla l'empresa com a inversió, sinó que s'implica directament en la seva gestió.

2. Característiques de les empreses familiars: punts forts i punts febles

Tal com hem apuntat, les empreses familiars comparteixen, en major o menor mesura, unes característiques comunes que diferenciarem entre avantatges o punts forts i debilitats.

D'una banda, la societat familiar gaudeix dels avantatges de tenir com a substrat socis que formen part de la família. Roca Junyent divideix aquests **avantatges** en quatre tipus (Roca Junyent, 2005):

- (a) **avantatges econòmics**, basades en la separació de la funció de l'accionista i la del gestor;
- (b) **avantatges de gestió**, donat l'especial vincle afectiu al projecte empresarial, que comporta l'optimització de la presa de decisions;
- (c) avantatges derivats de la **vocació de continuïtat** en l'empresa, que genera expectatives de futur;

- (d) avantatges de **visió a llarg termini**, en no estar sotmeses a maximitzar la seva rendibilitat econòmica en el termini més breu possible, concentrant-se en una estratègia de desenvolupament empresarial a llarg termini.

Entre d'altres, solen destacar-se les següents: el compromís i dedicació dels seus membres; el major compromís social de l'empresa; la preocupació per la qualitat; la planificació a llarg termini; la fluïdesa i flexibilitat en la presa de decisions i l'estabilitat dels principis i línies estratègiques.

També en el social, les empreses familiars són més consistents ja que suporten millor les crisis econòmiques per la seva vocació de permanència, tendeixen a generar mà d'obra intensiva i estable i tendeixen a realitzar inversions a llarg termini sense la compulsió de guanys immediats (Serna Gómez i Suárez Ortiz, 2005). En aquest sentit, s'assenyala que les empreses familiars presenten "*actius invisibles*" dels quals poden derivar importants avantatges competitius, com són l'amor entre els seus membres, el compromís en la continuïtat de la família, la independència financera, l'ètica del treball i la creativitat (Poza, 2007).

D'altra banda, com a **punts febles**, subratllem la **confusió** entre família, propietat i gestió de l'empresa familiar; la **no diferenciació** del patrimoni empresarial i el familiar; la gestió poc eficient degut a la **manca de professionalització**; la **manca d'adequació** al creixement, d'innovació tecnològica i d'internacionalització; la no previsió de la **successió** de l'empresa més enllà de la vida del fundador (o el problema també anomenat "*dependència del Top*") i els problemes de **comunicació** entre els membres de l'empresa familiar units per llaços personals.

Tot això reconduïx cap als tres grans reptes globals que ha d'afrontar tota empresa familiar (Favier Dubois, 2011):

- (a) la **transició generacional**;
- (b) les **relacions família-empresa**; i
- (c) la **professionalització** de la gestió.

Tal com Broseta apunta en el pròleg del llibre "El Protocol Familiar: metodologies i recomanacions per al seu desenvolupament i implantació", "*cada família, i per tant en aquest cas cada empresa, és un món. No existeixen remeis generals, hi ha corrents de pensament dispars i cal continuar aprofundint en molts aspectes, però hem de començar a establir, (...) pautes que ofereixin solucions específiques*". El mecanisme que ofereix aquestes solucions és el Protocol Familiar (Broseta Dupré, 2016).

3. El Protocol Familiar: què és i què inclou?

Entrant en l'essència d'aquest article, no hi ha una definició legal de **Protocol Familiar** més enllà de la continguda en l'article 2 del RD 171/2007, de 9 de febrer que regula la publicitat dels protocols familiars, en virtut del qual (encara que amb el matis de tenir efectes únicament per al propi reial decret), s'entén per protocol

familiar “*aquell conjunt de pactes subscrits pels socis entre si o amb tercers amb els quals guarden vincles familiars que afecten una societat no cotitzada, en la qual tinguin un interès comú amb vista a aconseguir un model de comunicació i consens en la presa de decisions per regular les relacions entre família, propietat i empresa que afecten a l'entitat*”. El RD 107/2007 deixa un amplíssim marge al principi de l'autonomia de la voluntat i no entra a regular els aspectes subjectius, objectius i formals, perquè siguin les parts les que perfilin i configuren lliurement el document, adaptant-lo a les particulars o necessitats de la concreta societat.

Aquest instrument ha estat objecte d'un profund estudi dins el camp de l'empresa familiar, trobant-se entre les principals definicions les dels següents autors: “*Un estatus familiar, unes regles del joc*” (Amat, 2000); “*Una normativa que regula les relacions professionals i econòmiques entre la família i l'empresa, tenint com a objectiu principal assegurar la continuïtat d'aquesta sense perjudicar la convivència familiar*” (Herreros, Calaf i Rovira, 2001); “*Un acord marc, signat entre familiars socis (actuals o previsiblement futurs) d'una mateixa empresa, que regula l'organització i gestió de la mateixa, així com les relacions econòmiques i professionals entre la família, la propietat i l'empresa, amb la finalitat de donar-los continuïtat de manera eficaç i amb èxit a través de les següents generacions familiars*” (Sánchez-Crespo Casanova, i Calero Artero, 2001), o bé, entre molts d'altres, “*un document que conté la normativa (pautes i recomanacions) que serveix per a regular les relacions professionals i econòmiques entre la família i l'empresa de la qual és propietària, tenint com a objectiu primordial assegurar la continuïtat d'aquesta i afavorir el seu desenvolupament econòmic*” (Cuatrecasas, 1997).

El Protocol Familiar és el document bàsic en el qual es concreta l'abast de la regulació que s'adopti en una empresa familiar. Un document que a més de contenir aquesta normativa per la qual es regulen les relacions personals, professionals i econòmiques entre la família i l'empresa i entre aquestes i la gerència, té entre els seus principals objectius, preservar la continuïtat de l'empresa familiar i ajudar al seu desenvolupament sense descuidar-la (Casillas Bueno, Díaz Fernández i Vázquez Sánchez, 2005).

Malgrat que coincidim amb totes aquestes definicions, creiem que cal emfatitzar que el Protocol Familiar va més enllà d'aquest conjunt de pactes. Entenem el protocol, en sentit ampli, com un **procés de consens** entre els components de l'empresa familiar per arribar a l'acord de determinades matèries, diferents en funció de les necessitats específiques de cada empresa i les seves peculiaritats. L'important no és el suport formal, sinó el procés de comunicació, debat, negociació i consens que es desperta entre els membres de la família per aconseguir-ho. D'aquesta manera s'assenyala en el treball “Els Protocols familiars en països de parla hispana, com són i per a què s'utilitzen” d'IESE Càtedra d'Empresa familiar, de juliol 2011, quan posa en relleu la importància de definir i consensuar criteris d'actuació mitjançant el debat i l'expressió de les necessitats i dels interessos de cada un dels membres del negoci familiar. Segons les dades obtingudes, aquest treball conclou que “*quan les famílies empresàries defineixen el seu protocol familiar com un document escrit i assumit per tots els membres de la família, el contingut del mateix s'aplica rigorosament en el 71% dels casos. Contràriament, quan el protocol familiar és un document escrit però oblidat per*

la família, el seu contingut s'aplica en comptats aspectes en el 86% dels casos, i no s'aplica en el 14% dels casos”.

La majoria d'autors estan d'acord en la importància del procés més enllà del document en si, entre d'altres, Amat indica que “(...) *molt més important que l'establiment del contingut del protocol és el desenvolupament del procés que permet construir les condicions per a l'establiment del protocol i la seva posterior implantació i adaptació. Aquest procés serà molt diferent segons quina sigui la història i la relació existent entre els membres de la família.*” (Amat, 2004). Així mateix, altres autors defensen que del protocol importa sobretot un “procés” de comunicació intrafamiliar i de reflexió sobre l'empresa la força de la qual com a instrument de cohesió i ordenament comença al moment de la seva elaboració. Aquest procés és el que permet a una família la recerca de la seva pròpia identitat com a empresària i dels elements que permeten equilibrar dues realitats tan complexes i tan dinàmiques com són la família i l'empresa a fi de la seva supervivència (Favier Dubois, 2011).

L'autoregulació buscada pel Protocol Familiar s'instrumenta mitjançant un negoci jurídic complex o compost, estructurat o articulat en dos nivells negocials autònoms, però vinculats entre si: **(i)** d'una banda, hi ha el negoci principal que és el mateix protocol familiar i que conforma el que podríem anomenar el negoci “base” o “conveni-marc”. Presenta la naturalesa jurídica del contracte de societat i **(ii)** en execució del mateix, s'han de produir els diversos negocis “satèl·lits” regits per aquell (Fernández del Pozo, 2008). De fet, es diu que el protocol no és encara una eina en si mateixa, sinó un document, una caixa d'eines que comprèn diferents instruments jurídics, cadascun dels quals serveix per a una cosa determinada i té la seva pròpia eficàcia (Gomá Lanzón, 2005).

Per tant, el Protocol Familiar no és (només) un document, -que també-. El Protocol Familiar, en sentit ampli, conté diversos documents singulars interrelacionats i acordes amb el consensuat en el procés de consens familiar. Malgrat que s'ha d'analitzar la casuística pròpia de cada empresa familiar, els documents públics i privats habituals que solen crear-se (o modificar-se, si és el cas) arran d'aquest procediment de consens familiar serien els següents:

- (a) El Protocol Familiar en sentit estricte com a **pacte de socis o parasocial** (també anomenat “*shareholders agreement*”). Cal assimilar (els protocols familiars) als shareholders agreements dels Estats Units i ve a ocupar en l'organització jurídica de la societat familiar la mateixa funció que el contracte base de l'aliança d'empreses (Gortázar, 2007).
- (b) Els **Estatuts Socials de l'empresa**. La majoria d'empreses familiars disposen d'uns Estatuts Socials estàndard des de la seva constitució que repliquen el mínim legal que disposa la Llei i, per això, segur que s'han d'adaptar a la nova situació empresarial familiar.
- (c) El règim de **capitulacions matrimoniales** dels membres de l'empresa familiar a fi d'assegurar, si escau, que el capital de l'empresa familiar no es dispersi fora de la línia familiar.

Tal com indica Reyes López, amb caràcter general, el règim supletori és el règim de guany en els territoris regits pel dret comú, el que motiva que segueixi sent en l'actualitat el règim pel qual es troben regits un percentatge molt elevat de matrimonis (...). A la comunitat catalana, aragonesa, valenciana i balear, el règim legal de primer grau és el de separació mentre que altres territoris es regeixen per un règim propi de comunitat, com és el previst a Navarra i Galícia (Reyes López, 2015);

- (d) **Testaments i / o pactes successoris**, amb el mateix objectiu que les capitulacions familiars, però en aquest cas, pel supòsit de transmissions mortis-causa.

Pel que fa al **testament**, és important que el testador decideixi prèviament la persona que considera més adequada per dirigir l'empresa i nomenar-la com a tal en el seu testament, atribuint-li una participació que asseguri el control del successor en l'empresa familiar. Si aquesta designació suposa una major disposició hereditària d'allò que normalment li hauria correspost es pot corregir mitjançant complements de legítima, metàl·lic o amb altres béns de l'herència.

Pel que fa al **pacte o contracte successori**, el seu objecte és la institució d'un hereu pactat per aquest i pel instituent. En el cas de l'empresa familiar es tractaria de pactar entre el fundador i l'hereu per ell escollit, la continuació de l'empresa de forma jurídicament vàlida, assignant-li la condició d'hereu i atribuint-li la propietat de l'empresa. El problema no és econòmic, perquè si amb aquesta institució es perjudica la legítima dels altres hereus forçosos, aquests tindrien dret a sol·licitar el seu complement amb altres béns de l'herència (Pascual Fernández, 2015).

- (i) **Contractes de treball** dels familiars en què es regulen les condicions de treball i la remuneració a percebre.
- (f) **Donacions**, si és el cas, per implementar la successió i lliurar accions / participacions a la següent generació.
- (g) **Modificacions dels òrgans de govern**, tant dels òrgans com de la seva composició. Per exemple, es pot pactar la creació d'un Consell d'Administració perquè estiguin representades totes les branques familiars o bé canviar als administradors solidaris actuals per altres membres de la família. Com tot, dependrà del cas en què ens trobem, i / o l'atorgament de **poders** per incorporar en les tasques de decisió a la següent generació.

El Protocol Familiar té la vocació de resoldre problemes i d'evitar-los; la continuïtat de l'empresa familiar no depèn exclusivament - tot i que ella sigui també determinant - de la seva viabilitat i èxit econòmic, sinó també de la capacitat dels seus titulars per encaixar les relacions familiars en un context empresarial (Roca Junyent, 2005).

Pel que fa a la **publicitat** del Protocol Familiar, si bé és cert que en la pràctica les empreses familiars no solen donar publicitat dels seus protocols, cal no perdre de vista que fer-ho (encara que sigui en part) comporta uns avantatges directes davant els *stakeholders* o grups d'interès (proveïdors, clients, entitats financeres, treballadors,

competidors, etc.) ja que disposar-ne d'un dona un missatge de permanència en el mercat i implica major rigor, vocació de futur, estabilitat, etc. Mariño i Busquet, T. indica que, sens perjudici de que som conscients que la publicitat d'un protocol referit a una empresa de família enviaria un senyal clar i positiu de solvència, estabilitat i garantia de continuïtat de l'empresa al mercat, als proveïdors, als treballadors de l'empresa, als eventuais socis financers i als competidors, qualsevol pronunciament sobre el tema ens exigeix un previ i més detingut anàlisi del contingut dels protocols familiars (Mariño i Busquet, 2011).

4. Finalitat del Protocol familiar i la planificació paral·lela

L'objectiu perseguit en l'elaboració del Protocol Familiar és afrontar i minvar, en la mesura del possible, els punts febles abans comentats. De fet, els motius pels quals les empreses familiars es submergeixen en el Protocol Familiar són diferents (i infinits) en funció del problema que els porti a prendre aquesta decisió. Per exemple, no és el mateix que qui estigui interessat en l'elaboració del protocol sigui el fundador (normalment el pare / mare de família que té interès en planificar correctament la successió per assegurar l'estabilitat i funcionament continuat de l'empresa familiar), que el interès que pugui tenir un dels fills (a qui, en la majoria de casos, li interessa la seva part d'herència a rebre).

Formalitzar un protocol familiar aporta uns avantatges substancials pel que fa a tranquil·litat i confiança en l'empresa familiar, ja que regula què s'ha de fer en les situacions en què hi ha divergència d'opinions i professionalitza la gestió (de manera que les separa de les relacions personals). Així mateix, una altra de les funcions importants que compleix és el suport al creixement dels membres de la família i la gestió d'expectatives. Això és, d'una banda, acompanyar en el desenvolupament professional dels membres i, d'altra, l'empresa tindrà clar què pot esperar dels seus membres, el grau de compromís de cada un i la voluntat de continuïtat en el negoci (Camisón Zornoza i Ríos Navarro, 2016).

Un cop la família decideix submergir-se en el procés d'elaboració del Protocol Familiar, entrem en l'anomenat **procés de planificació paral·lela**. El principal benefici de la planificació paral·lela és que coordina la família i l'empresa perquè es donin suport mútuament en les seves necessitats i objectius en comptes d'actuar cadascuna contra els interessos de l'altra. Per exemple, les estratègies de l'empresa s'han d'analitzar en el context dels valors i les expectatives financeres familiars. Si, per exemple, la família concedeix un gran valor a la creació de riquesa, una estratègia empresarial de baixos beneficis pot ser inadequada per a satisfer les aspiracions familiars (Randel, Carlock i Ward, 2010).

La meta del procés de planificació paral·lela passa per identificar els plans familiars i empresarials que donin suport mútuament a les necessitats i metes de l'altre. Això s'aconsegueix tenint en compte les estratègies empresarials en el context de les expectatives de la família i l'empresa. La meta final del pla de negoci segueix sent el desenvolupament d'estratègies que creïn valor econòmic, a llarg termini, per als interessats (Randel, Carlock i Ward, 2010).

Referent a això, si l'empresa és familiar, la superposició d'esferes empresarial i familiar origina noves formes de conflictivitat, a les quals el dret privat ha d'oferir una adequada resposta. A aquest efecte, dos són els instruments adequats en aquest àmbit: **(i)** la implementació de processos de planificació estratègica amb vistes a negociar protocols familiars i **(ii)** la submissió a clàusules ADR com a mecanismes d'organització i anticipatori dels mecanismes de gestió de futures disputes en el si de l'empresa i de la família (Luquin, 2017).

5. El Protocol Familiar en sentit estricte: pacte parasocial, oponibilitat, eficàcia jurídica, forma i durada

De conformitat amb el que ja s'ha comentat, el Protocol Familiar en sentit estricte no deixa de ser un pacte de socis o **pacte parasocial** (*Shareholders agreement*), però amb la particularitat que els socis -o la majoria- són familiars.

El Tribunal Suprem ha al·ludit als pactes parasocials, afirmant que l'objectiu dels mateixos és que *“els socis pretenen regular, amb la força del vincle obligatori entre ells, aspectes de la relació jurídica societària sense utilitzar les vies específicament previstes a la llei i en els estatuts”* (Martínez Rosat, 2017).

Com pacte parasocial, és una espècie d'acord marc entre els components de l'empresa familiar que regula tant les relacions econòmiques i professionals entre els membres de la família i la pròpia empresa així com la gestió i organització de l'empresa pròpia, amb la vocació d'assegurar la continuïtat de la mateixa. A la pràctica seria el document principal del qual *neixen* la resta de documents, l'acord marc del que pegen tots els pactes que replicarem i desenvoluparem en els documents públics o privats corresponents.

En efecte, una vegada elaborat, consensuat i subscrit, els seus pactes han de traslladar-se a diversos instruments jurídics com ara les clàusules dels estatuts, les prestacions accessòries, els reglaments societaris, els acords d'accionistes, els testaments, els contractes de fideïcomisos i / o assegurances, de manera d'anar donant la major força jurídica que cada previsió admeti (Favier Dubois, 2011). De vegades, fins i tot, no n'hi ha prou només amb el desenvolupament en instruments públics o privats diferents del pacte parasocial, ja que tals pactes han de ser executats per algun dels membres de la família sense que aquesta execució pugui ser instada pels altres signants del protocol. Cal pensar, per exemple, en la freqüent clàusula en què un dels signants s'obliga a fer testament en un determinat sentit (Gomá Lanzón, 2005).

Com és sabut, els pactes parasocials tenen gran incidència en l'organització societària, ja que, encara que no siguin oposables a la societat en la mesura que *“el pactat pels socis no és oposable a la societat perquè aquesta, en la seva condició de persona jurídica, és un tercer respecte a ells (art. 1.257 Codi Civil)”*, les seves disposicions són obligatòries inter-partes. Malgrat el debat doctrinal, molts autors defensen el protocol com una *“lleï interna de l'empresa familiar, com una carta de navegació per prevenir conflictes”* (Per tots: Llapur, 2011).

En relació a la **oposabilitat o no dels pactes parasocials** a la societat, també hem de partir de l'art. 29 de la Llei Societats de Capital que estableix que *“els pactes que es*

mantinguin reservats entre els socis no són oposables a la societat". De fet, el característic dels pactes parasocials és que no s'integren en l'ordenament de la persona jurídica a què es refereixen, sinó que romanen en el recinte de les relacions obligatòries dels qui el subscriuen (Paz-Ares, 2003). Si bé alguns autors defensen que els pactes parasocials resulten oposables davant de la societat quan la pròpia societat els coneix o subscriu, altres autors com Paz-Ares entenen que l'oposabilitat dels pactes res té a veure amb el coneixement, ni tan sols amb el consentiment de la societat. Aquest últim considera que la regla d'inoposabilitat queda desactivada quan la totalitat dels socis signen el pacte parasocial i els resultats que proporciona l'ordenament societari són iguals o equivalents als que garanteix l'ordenament contractual (Paz-Ares, 2003).

No obstant l'anterior, la jurisprudència dominant entén que els pactes parasocials obliguen als socis que els van concertar però, en principi, no a la societat, de manera que els acords contravenint un pacte parasocial serien vàlids a nivell societari sense perjudici que, contractualment, farien incórrer en responsabilitat al soci incomplidor enfront de les altres parts del pacte.

Davant d'aquesta situació, els operadors reclamen una reforma legal, que no jurisprudencial. La matèria és prou complexa com per aconsellar que sigui així. De fet, si un corrent jurisprudencial declarés oposables a la societat els pactes subscrits per tots els socis, això no apaivagaria totalment el debat. La qüestió exigeix una major profunditat: per què no poden ser oposables també els subscrits per la majoria? I en aquest cas, quina majoria, l'ordinària o la reforçada per a la modificació estatutària, o - en cas d'existir- la estatutàriament reforçada? De permetre l'oposabilitat dels acords de la majoria, el següent pas seria arbitrar un mitjà de publicitat que assegurí el seu coneixement per la resta de socis i per la totalitat dels administradors de la societat (Joan Gómez, 2015).

Entre d'altres, com a vies estatutàries per estendre el *enforcement* societari dels pactes parasocials hem de posar de manifest les propostes de Paz-Ares: **(a)** la subjecció dels futurs socis als pactes parasocials; **(b)** les sancions societàries; **(c)** l'exclusió de la societat del soci incomplidor; i, finalment, **(d)** la publicitat registral dels pactes parasocials (Paz-Ares, 2005).

Pel que fa a **l'eficàcia jurídica** de les disposicions, el Protocol Familiar en sentit estricte és un contracte heterogeni que inclou pactes de molt diversa classe, l'eficàcia dels quals també serà diferent. Parlariem de tres classes de pactes en funció de la seva eficàcia jurídica:

- (a) Els "**pactes entre cavallers**" són aquells amb força moral i mancats d'eficàcia legal pel que el seu incompliment no podria exigir-se davant instància judicial, per exemple, els pactes de valors familiars;
- (b) Els "**pactes de caràcter contractual**" que creen drets i obligacions entre els signants, però no davant de tercers. El seu incompliment pot originar sancions i és possible acudir als tribunals pel seu incompliment. Pel que fa a la conveniència o no de les sancions, Rosales Matienzo, R.N. desenvolupa la finalitat preventiva i correctiva de les sancions. La doctrina discuteix si sancionar o no a un membre

incomplidor del protocol (que voluntàriament va signar). Com a aproximació al tema, aclareix que cal analitzar cada cas en concret i cada família per decidir si és o no convenient tal sanció (Rosales Matienzo, 2011) .; i

- (c) Els “**pactes institucionals**” o "pactes oposables a tercers" que serien aquells que vinculen els signants i a tercers ja que accedeixen al Registre Mercantil (per exemple, els traslladats a Estatuts Socials).

En quant a la **forma** del protocol, aquesta és lliure ja que impera el principi de llibertat de forma del nostre Dret contractual, i en particular, del nostre Dret de societats. Per tant, no cal que s'instrumenti en escriptura pública o que es protocol·litzi mitjançant acta notarial. En efecte, el contracte de Protocol Familiar no requereix per a la seva validesa sinó la concurrència dels “requisits essencials del dret”, que no són altres que el consentiment, l'objecte o la causa (art. 1261 CC) (Fernández del Pozo, 2008).

D'altra banda, no es pot pactar un protocol familiar amb **durada** indefinida sense reconeixement de dret de denúncia / separació dels seus obligats. En aquest sentit, Fernández del Pozo indica que per aplicació analògica del que preveu per a la societat civil, de no haver-se fixat un termini determinat de durada per al Protocol Familiar, cal reconèixer el dret de denúncia amb bona fe dels signants. A la pràctica, es sol establir un període de durada amb pròrroga automàtica, sense perjudici de la seva revisió i actualització quan sigui procedent.

6. Modificació dels Estatuts Socials arran del Protocol Familiar i les prestacions accessòries

Per la seva banda, els **Estatuts Socials**, com a norma interna que regula les relacions de la societat, han de ser modificats en funció del consensuat pels membres de l'empresa familiar i s'adaptaran, en la mesura del possible, al que disposa el pacte parasocial. Malgrat aquesta voluntat, molts dels pactes previstos en el Protocol Familiar no podran traslladar-se a Estatuts Socials ja que el Registre Mercantil no acceptarà la seva inclusió idèntica per vulneració (o no adequació) al dret societari.

No obstant l'anterior, per a valorar si el que vam incloure en el protocol familiar és vàlid o no s'han de tenir en compte els principis del Dret d'obligacions i no els principis del Dret societari. Paz-Ares considera que la validesa dels pactes parasocials no es pot enjudiciar amb el raser de la imperativitat pròpia de dret de societats (...) s'ha d'enjudiciar únicament i exclusivament amb el raser de la imperativitat general del dret d'obligacions (...). Això significa que els pactes parasocials no són invàlids per contravenir normes del tipus societari (per ex. La prohibició de la unanimitat o de vot plural); només ho són si atempten contra valors substantius de tot el sistema (per ex., la prohibició de pactes lleonins o exigències de la bona fe) (Paz-Ares, 2003).

No obstant això, normalment hi ha d'haver entre els signants del protocol la voluntat de “supremacia” o “prevalença” de la mateixa sobre la societat familiar en qüestió (almenys en relació amb els socis que siguin signants del protocol), que potser es reculli expressament en el protocol mateix, i que reclama la supervivència jurídica d'aquell (Fernández del Pozo, 2008). En aquest sentit, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha estat generosa a l'hora d'admetre la supremacia del pacte extra-estatutari sobre el

convingut en estatuts (entre d'altres, STS 15 de juliol de 1995 cas Jeltex, SA, STS 23 març 2001 cas Galàxia Televisió, SA).

Finalment sobre aquest apartat, una bona opció pot ser incloure en Estatuts Socials les **prestacions accessòries**. Aquestes constitueixen un instrument societari per implicar als membres de la família en l'empresa social en la forma que es tingui per convenient. El seu règim jurídic permet estendre l'aplicació de les normes societàries a les relacions entre el membre de la família i la societat familiar. En sentit oposat, permet als diferents membres de la família assegurar-se la vinculació en una forma concreta a l'empresa familiar i utilitzar els mecanismes societaris en el cas que els altres membres de la família desitgin extingir tal vinculació (Alfaro Àguila-Real, 2005).

7. Anàlisi Econòmica del Protocol Familiar: caràcter incomplet del pacte parasocial

El **Anàlisi Econòmica del Dret** és una branca de l'economia que aplica la metodologia i els postulats de certs paradigmes de la ciència econòmica a l'anàlisi i explicació de la formació, estructura i efectes del sistema jurídic. Els objectius fonamentals de l'Anàlisi Econòmica del Dret són doncs, respondre a dues preguntes bàsiques sobre el sistema jurídic i les normes legals: **(i)** quin és l'efecte que una determinada regla legal té sobre el comportament dels individus i les organitzacions (principalment en base a l'estructura d'incentius o desincentius que produeix) i **(ii)** si l'efecte de la regla és o no socialment desitjable sobre la base de la determinació dels seus costos i beneficis. Per exemple, les normes legals poden visualitzar-se com costos i la sanció que la norma imposa com un preu; a partir d'aquí podem valorar el preu d'una infracció com el producte de la multa per la probabilitat de ser detectat com infractor (Camisón Zornoza, 2015).

Si bé el protocol familiar exerceix una comesa fonamental en preveure en ell i tractar de resoldre els eventuais conflictes que puguin plantejar els esdeveniments previsibles (matrimonis, ruptures, defuncions, adopcions, estudis dels fills, sortida dels socis ...) que puguin esdevenir en l'evolució familiar i afectar d'alguna manera al component empresarial i als beneficis i resultats societaris (Luquin, 2017), en la pràctica poden donar-se situacions o circumstàncies imprevisibles que no es van vaticinar en l'elaboració del protocol. Per això, i des d'un punt de vista d'Anàlisi Econòmica del Dret, els protocols familiars en sentit estricte, si bé tenen la vocació d'incorporar tots (o la majoria) dels possibles conflictes que puguin sorgir en el si de l'empresa familiar, són **contractes incomplets**. És pràcticament impossible que puguin preveure totes les situacions possibles ja que això suposaria l'assumpció per l'empresa d'uns costos de transacció molt elevats (molt de temps i diners).

Referent a això, no existeix (ni entenem que tingui sentit que n'hi hagi) una normativa supletòria a la voluntat de les parts en els protocols familiars. Cada empresa i cada família ha d'adaptar els pactes a la seva pròpia realitat. La conclusió a la qual arriba Sáez Lacave és clara: els desajustos que el model legal corporatiu origina en les societats tancades no es corregeixen adequadament a través de la producció normativa de caràcter legal o judicial, sinó a través de la reglamentació privada. No és possible reduir la conflictivitat societària a través d'un model normatiu que s'ajusti a cada ser societària, ni tampoc a les contingències que en cada cas es puguin presentar. La contractació permet consensuar els drets i deures dels socis quan els previstos per la llei no es considerin adequats (Sáez Lacave, 2009). És a dir, és necessària l'autoregulació via protocol familiar per adequar-se a la idiosincràsia de cada família i empresa familiar.

8. Elaboració del Protocol Familiar: preguntes pràctiques

8.1. Qui elabora el Protocol Familiar?

La seva elaboració és una tasca interdisciplinària i creativa que correspon a **professionals del dret i de l'economia**. No serveix de res signar un model estàndard que no s'adapti a la idiosincràsia de cada empresa familiar, ja que cada empresa té les seves particularitats i han de plasmar-se en un paper les solucions concretes als propis conflictes. Per això, el paper del consultor és clau perquè, amb la informació que la família li doni, sigui capaç de trobar solucions òptimes.

8.2. Què implica l'elaboració del Protocol Familiar?

La confecció del protocol familiar és un bon moment per a la planificació de la successió de l'empresa amb vocació d'estabilitat. Així, una família pot millorar les seves oportunitats d'èxit de manera significativa planificant unida el seu futur, establint una política clara en les relacions amb l'empresa i definint les responsabilitats dels membres de la família.

En efecte, el procés de desenvolupar un pla estratègic familiar ajuda a les famílies a enfocar la seva empresa com una unitat, en comptes de com un grup d'individus que casualment estan relacionats. Les possibilitats que es produeixin equívocs es redueixen molt quan els objectius i les regles estan clars, i és més fàcil complir les regles quan s'arriba a elles per consens i no per imposició. Una comunicació oberta no només millora les possibilitats de conservar l'harmonia dins de la família, constitueix també una base sòlida per al pla estratègic del negoci (Leach, i Bogod, 2006).

8.3. Qui signa el Protocol Familiar en sentit estricte?

En quant a l'àmbit subjectiu del protocol, tenint en compte que el legislador fugí intencionadament de definir què vol entendre per *familiar*, no ens queda més remei que concloure que, en principi, els interessats són lliures de determinar l'abast de les relacions "*familiars*" contemplades en el protocol familiar, hi hagi o no vincles consanguinis (Fernández del Pozo, 2008).

Des del nostre punt de vista, el pacte parasocial l'haurien de signar tots els membres de l'empresa familiar (siguin o no socis), inclosa la pròpia societat. Pel que fa a la societat, és important que signi perquè els protocols familiars creen obligacions i drets a favor de la societat. Per posar un exemple, en el supòsit de clàusules de liquiditat o de regulació del dret de sortida d'un soci, hi ha la possibilitat que la societat assumeixi l'obligació de comprar la participació d'aquest soci en el cas que es donin una sèrie de circumstàncies.

Per la seva banda, els altres documents públics o privats haurien de ser signats per qui competeixi (p.ex. el testament, pel testador, les donacions, pel donant; les modificacions d'Estatuts Socials, l'acord de la junta general, etc.)

8.4. Quin procediment seguir per arribar al consens familiar?

El procés d'elaboració del protocol, si bé s'ha d'adaptar a l'empresa familiar en concret, sol constar de cinc fases:

- (a) La **fase prèvia**, l'objectiu és que la família maduri la decisió d'elaborar o no el protocol i reflexió sobre la dinàmica de la família i les circumstàncies específiques de cadascun dels seus membres;
- (b) La **fase de diagnòstic**, en què s'analitza la situació familiar i empresarial pel consultor;
- (c) La **fase de desenvolupament del protocol** per consensuar tots els acords debatuts;
- (d) La **fase d'implantació** amb la redacció i signatura dels documents legals, i;
- (e) La **fase d'incorporació** del Protocol Familiar a la vida de l'empresa (reorganitzar l'empresa en funció del que s'ha acordat en el protocol).

8.5. Quin és el millor moment per formalitzar un protocol familiar?

Per complir la seva funció, l'acord ha de negociar-se en un moment en què imperi la calma tant en l'àmbit corporatiu com en el familiar. A més, cal actualitzar-lo per contemplar nous problemes als quals es pugui enfrontar la companyia, i també revisar-lo després dels relleus generacionals.

9. Clàusules típiques a negociar

Tal i com hem esmentat durant aquest article, cada família té la seva pròpia historicitat i idiosincràsia, de manera que cada protocol s'ha d'adaptar a la mateixa i no hi haurà dos protocols iguals. Entre d'altres, Quijano González, J. exposa que, com a regla, el protocol constitueix un “*vestit a mida*” per a reglar les relacions entre una família determinada i una empresa determinada, podent fins i tot existir en una família diversos protocols, un per cada empresa, si la família n'és titular de diverses i tenen diferents participacions o estructures (Quijano González, 2010).

Si bé l'elenc de possibles clàusules integrades en els pactes parasocials és molt ampli, podem assenyalar alguns dels temes recurrents que cada família haurà de resoldre a la seva conveniència, i és important no perdre de vista que els pactes que s'incloguin en el Protocol Familiar en sentit estricte s'hauran de desenvolupar i complementar-se en els documents públics i privats que correspongui.

El pacte parasocial del Protocol Familiar sol tenir la següent estructura:

(a) Subjectes, antecedents de la família, de l'empresa i valors familiars

En primer lloc, s'han de delimitar els **subjectes** que es consideren en un determinat moment membres de la família, els antecedents familiars importants, la seva evolució i valors que s'han sustentat. També les declaracions de principis de l'empresa, els seus inicis, les fites més importants, la seva evolució ... totes aquestes declaracions tenen la vocació de transmissió a les següents generacions familiars i constituïran un punt de partida útil i clarificador servint de guia en la interpretació que sigui necessària realitzar quan apareguin els conflictes (Arecha, 2011).

A aquesta mena de pactes se'ls denominen *pactes de tipus axiològic*, i tenen la funció de transmetre a les generacions futures els principis i valors amb els quals l'empresa va ser

fundada. Des d'aquesta perspectiva, el protocol juga un paper rellevant per sensibilitzar les generacions futures sobre la importància de la funció que l'empresari compleix en les modernes societats com a fonts de riquesa no només per a la família propietària (Pascual Giménez, 2015). Per aquest motiu, alguns autors es refereixen al protocol com un document educatiu (Viera González, 2007).

(b) Pactes organitzatius: especial transcendència dels òrgans familiars

En segon lloc, els pactes organitzatius regulen els **òrgans societaris** comuns en les societats de capital (Junta General i òrgan d'administració) així com la creació i configuració de nous **òrgans propis de la família** (no regulats en la llei) com poden ser la *Junta o fòrum Familiar* i la *Assemblea o plenari Familiar*, que tenen caràcter merament polític, i el *Consell de Família* (que analitzarem en més detall). Tot i que la creació d'aquests últims sigui la lliure expressió de la voluntat de la família propietària, els òrgans familiars no són jeràrquicament superiors als òrgans socials (Camisón Zornoza, 2015).

Donada la seva rellevància, entrarem a analitzar més profundament aquests òrgans familiars.

- **Òrgans familiars:**

En primer lloc, la **Junta o fòrum Familiar** és un fòrum de debat entre les diferents branques de la família empresària. En ella estaria representada tota la família (incloent menors d'edat) i es reuniria periòdicament (per exemple un cop l'any). Té un caràcter merament informatiu i estaria, en principi, oberta a tots els membres de la família.

Per la seva banda, l'**Assemblea o plenari Familiar** té sentit quan la família involucrada en la propietat tingui diverses generacions. S'estrenyeria més el perímetre familiar i cada empresa decidiria qui formaria part del mateix (normalment van al Plenari els familiars majors d'edat que puguin tenir fins i tot alguna relació laboral amb l'empresa, clients o proveïdors familiars, o cap la possibilitat de limitar-ho per exemple als parents de segon grau de consanguinitat o afinitat). L'objectiu del plenari familiar seria també el de donar informació, però més detallada que la lliurada al fòrum familiar. Tal i com exposa Amat, els seus objectius són dobles, d'una banda, mantenir l'harmonia, interacció i comunicació entre els membres de les diferents famílies que es van formant a mesura que els fills i néts es van casant. De l'altra, tenir un òrgan que permeti centralitzar tota la informació i formació que es pugui donar tant a la família en el seu conjunt com als futurs membres de la companyia, sigui com a treballadors o accionistes (Amat, 2000).

Lògicament, els dos òrgans (Junta o fòrum familiar i Assemblea o plenari familiar) són totalment voluntaris i tindran sol sentit en algunes empreses familiars, normalment les més grans. A més, en el cas de decidir la seva creació, s'haurà de regular la composició, els requisits per a ser membre, els càrrecs (president, secretari), el funcionament, el quòrum necessari, els debats, la votació i adopció d'acords, la representació i l'execució d'acords, entre d'altres.

Un tercer òrgan que es pot crear (i que té més incidència i sentit en la pràctica) és el **Consell de Família o Comitè Familiar**, del qual en formarien part, per exemple, els familiars de l'empresa que treballen en alts llocs directius juntament amb els que també

treballen a l'empresa i tenen vocació d'arribar a aquests llocs, i es reunirien periòdicament per discutir tant problemes actuals com polítiques per fer front a situacions futures, que sorgeixen del fet que els seus familiars participin en una empresa ja sigui activament treballant-hi (en la seva direcció o en un lloc no directiu) o en la seva propietat com a accionistes. Amat el defineix com l'òrgan que regula el funcionament de la família empresària i, especialment, de les relacions de la família amb les seves activitats empresarials i extraempresarials lligades a l'empresa i/o al patrimoni familiar (Amat, 2000).

Hi ha autors que defensen que el Consell de Família normalment es crea quan l'Assemblea familiar arriba a una certa massa crítica i la seva dimensió no li permet dur a terme correctament les seves funcions. Això acostuma a succeir quan s'arriba a la fase de confederació de cosins en la qual és molt difícil que els membres de la família segueixin interessant-se per aquesta i per l'empresa. Amb una dimensió de entre trenta o quaranta membres de família començarà a ser necessari instaurar un Consell de Família segons la *Guia per al bon govern de l'empresa no cotitzada i familiar. De la direcció unipersonal al consell d'administració*. Malgrat aquesta recomanació, nosaltres som partidaris de que la seva creació pot ser interessant sempre, com a òrgan únic familiar, i que, per contra, la creació de l'Assemblea o el Plenari familiar tenen més sentit en les empreses més grans.

El Consell familiar pot tenir un caràcter informal (per exemple, la reunió familiar de cada setmana o la celebració familiar de Nadal) o més formal. No obstant això, a mesura que la família té una major grandària és necessari establir formalment l'estructura i funcionament. La seva formalització permet que els diferents membres de l'empresa, directament, quan el nombre de familiars és reduït, o mitjançant els seus representants, puguin participar en la formulació dels plans i normes de funcionament que afecten a la família (Amat, 2000).

Les funcions bàsiques del Consell de Família són les següents:

- (a) El manteniment i/o desenvolupament d'una **identitat** com a família empresària.
- (b) La construcció de **sistemes de cohesió** entre els membres de la família i l'empresa.
- (c) La **legitimació** de rols de cada membre de la família en l'empresa.
- (d) La definició de **límits en els àmbits de decisió i actuació dels òrgans societaris**. Aquest punt és important perquè, per exemple, es pot establir que per a que l'òrgan d'administració pugui fer una inversió, cal que el Consell de Família doni la seva aprovació prèvia, o bé ha de ser simplement informat, o bé limitar-se als casos en què aquesta inversió superi una ràtio en concret, etc. (les possibilitats són infinites). D'aquesta manera, el Consell de Família vehicula una sèrie d'interessos a l'òrgan d'administració, però, tot i això, qui ha de prendre la decisió final empresarial és l'òrgan d'administració. Com ja és sabut, la separació de funcions entre els òrgans és primordial per evitar, en la mesura del possible, els anomenats "problemes d'agència".
- (e) L'establiment de **regles internes** i la construcció de l'estructura societària.

- (f) Establir la **política remunerativa familiar**, analitzar situacions concretes de familiars que vulguin entrar a l'empresa (sempre en funció del pactat en el protocol).
- (g) **Interpretar** el protocol de manera integradora en *pro* de l'interès familiar així com totes aquelles competències que es considerin convenients.

Malgrat els avantatges en la creació d'aquests nous òrgans, s'ha d'analitzar el cas familiar en concret i veure si tenen o no sentit. Per exemple, en el supòsit d'una empresa familiar formada pels pares i dos fills en què tots són socis de l'empresa, és possible que les competències que assumiria el Consell de Família puguin, en aquest moment, ser assumides per la Junta General. De fet, en molts pactes parasocials es regula l'assumpció de competències pròpies de l'òrgan d'administració per la Junta General, o bé s'annexa un llistat amb les decisions clau tant de l'òrgan d'administració com de la Junta General, les quals requeriran una majoria específica de consens per poder ser aprovades.

En el supòsit de considerar convenient la seva creació (igual que a la Junta Familiar i l'Assemblea Familiar), s'haurà de decidir l'estructura interna del Consell de Família, la seva composició, les funcions de cada membre (president, vice-president, secretari, vocals), la convocatòria i forma de les reunions, la manera de deliberació i aprovació, si escau, dels acords (per majoria simple, reforçada, per membres, vot vinculat a la participació en el capital, ...), mecanismes de resolució de bloquejos (per exemple, vot diriment del president o del membre amb més antiguitat a l'empresa), entre d'altres.

D'altra banda, de tradició anglosaxona s'ha importat la figura del **mentor familiar**. Seria aquesta persona que ha treballat a l'empresa durant molts anys (acostuma a ser el fundador) i compleix una funció formativa i instructiva dels joves de la família que es vagin incorporant a l'empresa familiar. Podríem fins i tot atorgar-li la competència de resolució de conflictes com una figura semblant a un àrbitre.

Finalment, si ja és tasca complexa trobar una estructura institucional competent per al govern i la gestió de l'empresa, més difícil és tenir en compte la forma en què es relacionaran amb les altres estructures empresarials. Les dificultats no es limiten a problemes de coordinació multi-orgànica, sinó a l'elecció adequada dels membres de cada òrgan i el pes de les branques familiars (Camisón Zornoza, 2015).

- **Òrgans societaris:**

El **govern corporatiu** al·ludeix al conjunt d'institucions i normes que defineixen l'estructura i el funcionament dels òrgans de govern i gestió de l'empresa, la forma en què es relacionen els propietaris entre si, amb altres agents clau i amb altres parts interessades, amb la vista posada en maximitzar la creació de valor i protegir els interessos dels propietaris i de la pròpia organització (Camisón Zornoza, 2015).

En les societats de capital, els òrgans societaris són la Junta General i l'Òrgan d'Administració. El protocol també ha d'analitzar l'estructura actual d'ambdós òrgans i modifica'ls, en el cas que es consideri convenient, per adequa'ls al consens familiar.

D'una banda, en el cas de la **Junta General** de socis o accionistes, l'empresa l'haurà de dissenyar de manera que la seva estructura, organització i desenvolupament respectin el que preveuen les lleis. Entre d'altres, les decisions bàsiques per dissenyar la Junta General en el protocol són: el nombre mínim d'accions (si s'escau) per poder assistir a les seves reunions; la possible alteració de la proporcionalitat entre capital social i dret de vot; l'assistència d'altres familiars que no siguin socis; els assumptes que la junta ha d'obligatòriament sancionar juntament amb les competències que vol assumir (més enllà de les que legalment té atribuïdes); la informació que ha de proporcionar i les instruccions que ha d'impartir a l'Òrgan d'Administració (Camisón Zornoza, i Ríos Navarro, 2016).

L'estructura jurídica de l'empresa familiar i per tant, la composició del **òrgan d'administració** evolucionen a través de la vida de l'empresa. La majoria de les empreses neix lligada a un individu, l'empresari emprenedor, qui en l'etapa inicial "inventa" i posa en funcionament l'empresa. Amb el transcurs del temps l'empresari adverteix la necessitat de dotar el negoci d'una organització més formal amb la que comença a formar-se una estructura jeràrquica, i es comença a entreveure la separació entre propietat i gestió que deixen de concentrar-se en una mateixa persona. Finalment, en una tercera etapa, coexisteix un nombre elevat de persones implicades en cadascuna de les funcions que es compleixen dins de l'empresa (Casillas Bueno i Vázquez Sánchez, 2005).

Per això, haurà d'abordar l'adequació o no de l'òrgan d'administració actual (administrador únic, solidaris, mancomunats o consell d'administració) i modifica'l, si s'escau. Així mateix, pel supòsit de decidir la creació d'un consell d'administració, s'haurà de detallar el model de consell que vol seguir, la seva composició, l'elecció del president, les funcions, responsabilitats, consellers delegats, funcionament, etc.

Vicent Chulià, F. defineix el Protocol Familiar com un instrument de *bon govern* de les societats familiars per fer viable l'harmonització entre els valors i les funcions de dues institucions bàsiques de la societat, com són l'empresa i la família. Aquest bon govern de les societats és una idea força que inspira el moviment de reformes legals i autoreguladores (com el Codi Olivencia o altres) orientades a millorar l'organització i el funcionament de les empreses i la protecció de tots els ciutadans que tenen interessos en l'empresa (fins i tot els que no tenen drets en elles, ja que no són *shareholders* - socis - sinó *stakeholders*: treballadors, consumidors, comunitat en general) (...) (Vicent Chulià, 2004).

Finalment, hem d'emfatitzar que l'estructura de govern corporatiu d'una empresa familiar no es pot abordar amb models estandarditzats, perquè no hi ha dues famílies ni dues empreses familiars iguals, i perquè les dinàmiques en tots dos fronts pesen decisivament en la configuració òptima dels òrgans i processos del sistema de govern i gestió (Quintana, 2012.)

(c) Pactes econòmics:

- ***Accés de la família a l'empresa***

Com a estipulacions econòmiques o empresarials es solen pactar, entre altres, **l'accés de la família a l'empresa** per ponderar els requisits formatius o l'experiència que se'ls exigirà (per exemple, que hagin estat dos anys treballant en una empresa externa o que

tinguin un màster a la universitat x). Cal tenir present que, en funció d'aquests requisits, s'estarà vetant l'entrada a alguns dels futurs membres. Per això, s'hauria d'afegir sempre una clàusula final en què, tot i els requisits establerts, el Consell de Família (o la Junta General, si escau) donarà instruccions a la gestió perquè entri una persona en concret, encara que no compleixi tots els requisits establerts.

- ***Relacions laborals***

Sense perjudici de la seva posterior plasmació en els contractes de treball que correspongui, s'han de regular les **relacions laborals dels membres de l'empresa familiar**: els càrrecs que ocupen, criteris de remuneració, la possibilitat de que entrin a treballar alts directius únicament familiars, mecanismes d'avaluació dels llocs de treball (interns o externs), etc.

- ***Règim de transmissió de participacions o accions***

Com pactes relatius al capital comuns en la majoria de protocols familiars hi ha la regulació del **règim de transmissió de participacions o accions**, tant inter-vivos com mortis-causa. Si bé és cert que la Llei de Societats de Capital (LSC) el regula en els seus arts. 106 a 112 en el cas de SL i 120 a 125 en les SA, els Estatuts Socials (i el Protocol Familiar com veurem) poden modificar aquest règim legal. Aprofundirem més en aquest aspecte donada la seva rellevància en l'empresa familiar.

Vicent Chuliá, F. assenyala que només les limitacions legals i estatutàries (i no les convencionals com seria la prevista en el Protocol Familiar) són oposables per la societat a tercers adquirents. No obstant, la doctrina no és unànime en determinar les conseqüències de la manca d'una restricció estatutària a la transmissió. Part de la mateixa considera que la transmissió seria vàlida enfront de tots menys davant de la societat i hi ha autors que entenen que la transmissió no tindria lloc en tant que el que va transmetre no tindria poder.

Com és sabut, el característic de les clàusules restrictives de la transmissibilitat és que, encara que són un pacte contractual, la seva inclusió en els Estatuts Socials els dota de l'eficàcia *erga omnes* típica d'un dret real superant així el problema de l'eficàcia relativa dels contractes. Si els socis originals han inclòs aquestes restriccions en els Estatuts Socials és perquè consideren que això augmenta el valor de les participacions socials. Si és així, la venda per part d'un dels socis incomplint aquesta restricció produeix una externalitat sobre els altres socis, en tant que aquesta afecta -negativament- al valor de les seves participacions. Aquesta externalitat s'elimina si es requereix el consentiment dels altres socis per a la venda -autorització- o se'ls atribueix un dret d'adquisició preferent enfront del tercer (Alfaro Àguila-Real, 2005).

Si bé cal traslladar a Estatuts Socials les restriccions o limitacions que s'hagin pactat en el protocol, aquest últim, com a pacte parasocial "*dóna molt joc*". Podem incloure clàusules com les següents i traslladar-les posteriorment a Estatuts Socials (en la seva integritat o parcialment, en funció del criteri de cada Registre Mercantil):

- L'exercici del **dret d'adquisició preferent dels socis familiars**. L'article 107 LSC preveu en transmissions *inter vivos* un dret d'adquisició preferent dels socis de les participacions, que no consta com a tal en les societats anònimes. No obstant això, tenint en compte la possibilitat legal de modificar aquest règim, és bo establir un

procediment més adequat al cas en concret. Aquest dret d'adquisició preferent és bàsic per assegurar que el capital no traspasarà fora de la línia familiar (consanguínia, si es vol) .;

- La **prohibició de transmetre les accions / participacions** a persones que es trobin fora de la família propietària, l'obligatorietat que qualsevol transmissió d'accions / participacions sigui aprovada per la Junta General (Broseta Pont, 1984). No obstant això, s'haurà de tenir en compte el cas en concret perquè el fet de mantenir les accions / participacions només entre familiars, pot provocar la pèrdua d'opcions importants de creixement i fins i tot de supervivència de la pròpia empresa, per això, el protocol familiar hauria de ser flexible davant aquesta situació.
- La possible ampliació del **ventall de transmissions** que la LSC considera "lliures" en l'art. 107 LSC en el cas de SL (*"Excepte disposició contrària dels estatuts, serà lliure la transmissió voluntària de participacions per actes inter vivos entre socis, així com la realitzada a favor del cònjuge, ascendent o descendent del soci o a favor de societats pertanyents al mateix grup que la transmissora. En la resta de casos, la transmissió està sotmesa a les regles i limitacions que estableixin els estatuts i, si no, les que estableix aquesta llei."*), incloent, per exemple, a les empreses de les que formi part el soci transmissor.
- La possible creació d'un **període de lock-up** o de bloqueig inicial en què no pugui transmetre el capital durant un període de temps;
- Les famoses clàusules de **tag-along o dret d'adhesió** (també conegudes com *piggyback rights*) que partien de la màxima de "*si tu vens, jo venc igual que tu*". Els *tag-along rights* són generalment utilitzats per les minories per aprofitar la maximització de valor per la transmissió del control de la societat per part del soci majoritari. En aquest supòsit, el soci minoritari tindria l'opció de sumar-se a la transmissió en les mateixes condicions que el soci majoritari (mateix preu i forma de pagament). Aquests pactes atorguen a un dels socis el dret d'adherir-se a la venda que realitza un altre soci a un tercer, i l'habitual és que es pactin en el si d'un acord parasocial, en aquest cas en el protocol de família, juntament amb qualsevols altres acords adoptats en regular les relacions dels socis signants. Un pacte típic de *tag-along* seria: "*el soci A. Hernández gaudeix d'un dret d'acompanyar al soci B. Hernández a qualsevol venda de la seva participació en la societat, autoritzant-li a vendre al mateix adquirent un percentatge de les seves participacions en la societat equivalent al percentatge de les seves participacions venudes pel soci B. Hernández, en els mateixos termes i condicions.*" (Sáez Lacave i Bermejo, 2007).
- En contraposició a l'anterior, els **Drag-along rights o el dret d'arrossegament** protegeixen al majoritari en el cas de venda d'accions o participacions a tercers. Aquestes clàusules són generalment imposades per aquests socis majoritaris, per assegurar que la minoria no serà obstacle per a una eventual venda de la seva participació majoritària quan el comprador desitja adquirir la totalitat del capital social de l'empresa familiar.

- **Dret de sortida o separació dels socis**

D'altra banda, un dels temes més conflictius en la pràctica és la regulació del **dret de sortida o separació dels socis**, també anomenada "política de liquiditat". Aquí és important definir:

- Les **situacions** en què el soci té dret de separació de la societat més enllà de les disposades en els arts. 346 i ss. LSC sobre separació de socis.
- El **procediment** a seguir pel soci sortint i la societat (comunicació a l'administrador, terminis, etc.).
- La **valoració** o el mecanisme de valoració de les accions / participacions (si s'estableix la manera concreta de valoració, si es farà per peritatge, per doble peritatge, etc.).

Es pot acordar o bé que els membres de l'empresa familiar encarreguin la valuació a un "*tercer*" (un assessor financer, un banc d'inversió, un àrbitre, un tribunal judicial, etc.) o bé que els propis membres acordin un mètode automàtic a ser instrumentat de forma interna, el qual no requerirà de la contractació d'un tercer. Cal incorporar la valuació de l'empresa familiar com un dels temes essencials per a la seva sostenibilitat jurídica, en forma preventiva o *ex ante* (G. Papa, 2011).

- L'obligació (o no) de compra per part de l'**empresa** en autocartera.
- Els **terminis** de pagament, etc.

- **Distribució de dividends**

Com a última clàusula econòmica, s'ha de pactar la **distribució o no de dividends**. Cal regular si s'acorda un percentatge mínim de distribució en el cas que hi hagi beneficis distribuïbles, així com si hi ha un període de prohibició de distribuir dividends. Aquesta clàusula serà transcendent per a aquells socis familiars que no treballen en l'empresa ja que la percepció de dividends serà l'única font d'ingressos per part de l'empresa per a ells.

(d) Altres pactes:

Finalment, es solen incloure **clàusules d'interpretació i revisió del protocol** tal com indica Favier Dubois, I. "*constitueix un acord marc que ha de preveure la seva revisió i actualització*".

En principi, com passa amb la societat civil, el contracte de Protocol Familiar només podrà ser modificat amb el consentiment de tots els signants i per unanimitat (art. 1702 CC). No obstant això, la major part de la doctrina que s'ocupa de la societat civil admet un pacte de majories per a la modificació. (Per tots: De Eizaguirre, 2001).

Així mateix s'han de pactar els **mecanismes de resolució de conflictes**. Ens referim aquí a les clàusules ADR (*alternative dispute resolution* o mitjans alternatius de

resolució de conflictes, negociació assistida, l'arbitratge, l'e-arbitratge i la mediació) i, finalment, s'ha d'acordar la **lleï aplicable** a les controvèrsies.

10. Conclusions

Tenint en compte que les empreses familiars tenen unes característiques comuns, punts forts i punts dèbils, i que aquests últims poden escurçar la vida d'aquest tipus de negocis al generar conflictes en el canvi generacional, arribem a les següents conclusions:

1. Les empreses familiars tenen unes característiques comunes, punts forts i punts febles, analitzats en profunditat per la doctrina.
2. El Protocol Familiar és un instrument jurídic heterogeni que tota empresa familiar hauria de formalitzar per preveure els conflictes i assegurar la seva perdurabilitat.
3. La importància del Protocol Familiar està en el consens entre els membres de la família, més enllà dels documents públics i privats que sorgeixin del mateix.
4. El Protocol Familiar, en sentit estricte, és un pacte parasocial, que conformarà l'acord marc del que neixen els altres instruments jurídics (estatuts socials, capitulacions matrimonials, testaments, pactes successoris, donacions, contractes de treball, modificacions d'òrgans societaris, etc.).
5. Des d'un punt de vista de l'Anàlisi Econòmica del Dret, els pactes parasocials del Protocol Familiar són contractes incomplets, ja que si bé tenen vocació de preveure totes les situacions conflictives possibles, sempre hi haurà situacions imprevisibles. No obstant això, no tindria sentit una regulació substantiva supletòria del Protocol Familiar, ja que cada empresa l'haurà d'adaptar a la seva idiosincràsia pròpia i no hi caben remeis generals.
6. L'elaboració del Protocol Familiar implica una planificació paral·lela entre família i empresa, perquè els seus propòsits vagin units.
7. Hi ha algunes situacions que s'han de tractar en tot procés de consens i formalitzar-se en el Protocol Familiar. Ens referim a unes clàusules típiques que l'integren i que s'hauran d'adaptar a l'empresa en concret.
8. Els pactes organitzatius consten dels òrgans societaris i familiars que conformen l'empresa familiar. En funció de les necessitats pròpies s'haurien de crear aquests últims òrgans familiars.
9. Pel que fa als pactes econòmics, són els que, en la majoria de casos, donen més problemes en la pràctica ja que els membres de l'empresa familiar tenen interessos contradictoris al respecte.
10. Finalment, cada empresa és un món i s'ha de dur a terme el protocol familiar per consultors experts que ajudin a confeccionar aquest "vestit a mida".

Referències:

- Amat, J.M. (2000). "La continuidad de la empresa familiar." Ed. Gestión 2000, S.A. Barcelona, pp. 110-134.
- Albet, J. CIDEM - Generalitat de Catalunya (2005) "Guia per al bon govern de l'empresa no cotitzada i familiar. De la direcció unipersonal al consell d'administració." CIDEM, Barcelona, pp. 194
- Alfaro Águila-Real, J. (2005). "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", Indret 4/2005, Barcelona, pp. 2-19.
- Arecha, M. (2011) "Esquema general del protocolo", en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 209.
- Broseta Dupré, M. (2016). Prólogo en Camisón Zornoza, C. y Ríos Navarro, A. (aut) "El protocolo familiar: Metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación" Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- Broseta Pont, M. (1984). "Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones", Tecnos, Barcelona, pp. 50.
- Camisón Zornoza, C. (2015). "Reflexiones sobre la conveniencia entre derecho y economía: el caso de la empresa familiar". En Camisón Zornoza, C. Viciano Pastor, J. (dirs.), *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 13-43.
- Camisón Zornoza, C. i Ríos Navarro, A. (2016). "El protocolo familiar: Metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación" Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 2-250.
- Casillas Bueno, J.C., Díaz Fernández, C., i Vázquez Sánchez, A. (2005). "La gestión de la empresa familiar. Conceptos, casos y soluciones." Ed. Thomson, Madrid, pp.134-148.
- Casillas Bueno, J. C. i Vázquez Sánchez, A. (2005) "Órganos de gobierno de la empresa familiar (II)" en *Manual de la empresa familiar*, Deusto, Barcelona, pp. 253.
- Cuatrecasas, E. (1997). "Organización de la empresa familiar: el protocolo familiar". Publicación de Adegí: La Empresa Familiar.
- De Eizaguirre, J. M, (2001). "Derecho de sociedades", Civitas, Madrid. pp. 144 i ss.
- Favier Dubois, M. (2011) "El protocolo de la empresa familiar. Aspectos generales, finalidades y valor legal" en Favier Dubois, M. (coord.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*, Ed. Adhoc, Buenos Aires, pp. 29-57.
- Fernández del Pozo, L. (2008). "El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral" Cuadernos Civitas, Ed. Aranzadi, pp. 43, 48; 71-75.
- G. Papa, R. (2011) "Valuación de participaciones sociales en la empresa familiar. Análisis de su problemática y estructuración jurídica dentro del protocolo" en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 493 i ss.

- Gomá Lanzón, I. (2005). "El protocolo familiar" en Garrido Melero, M. i Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona pp. 23-61. pp.669 i ss.
- Gortázar, C. (2007). "Principales aspectos jurídicos y societarios del protocolo familiar", en Amat, J.M. i Corona, Juan F. (edit.), *El protocolo familiar. La experiencia de una década*. Ed. Deusto, Barcelona, pp.196.
- Herreros, J; Calaf, X. i Rovira, A. (2001). "Manual de la empresa familiar" Cinco Días, Madrid.
- Instituto de la Empresa Familiar i Red de Cátedras de Empresa Familiar (2016), "La Empresa Familiar en España (2015)", IEF, pp. 33-44.
- Juan Gómez, M.C. (2015). "Eficacia ad extra de los pactos parasociales. ¿Realidad o ficción?" La Ley 4608/2015, pp. 6-8.
- Leach, P. i Bogod, T. (2006) "Claves de la empresa familiar". Instituto de Estudios Económicos, Madrid, pp.104.
- Llapur R. (2011). "El papel del asesor en los conflictos de la empresa familiar" en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhóc, Buenos Aires, pp. 179.
- Luquin, R. (2017). "Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y empowerment". Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num.11/2017 parte Doctrina, BIB 2017\43284, pp.1-19.
- Mariño i Busquet, T. (2011) "Esbozo sobre publicidad del protocolo familiar" en Favier Dubois, M. (coord.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*, Ed. Adhóc, Buenos Aires, pp. 98-115.
- Martínez Rosado, J. (2017). "Los pactos parasociales", Marcial Pons, Madrid, pp. 25 i ss.
- Pascual Fernández Gimeno, J. (2015). "La empresa familiar y el derecho de sucesiones." En Camisón, C. i Viciano, J. (dirs.), *Dirección, organización del trabajo y propiedad de la empresa familiar*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 229.
- Paz-Ares, C. (2003). "El enforcement de los pactos parasociales", Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, nº 5/2003, pp. 36-41.
- Paz-Ares, C. (2005). "Los pactos parasociales. Su eficacia" en Garrido Melero, M. i Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 23-61; 745 i ss.
- Poza, E. (2007). "Ventajas competitivas de la interacción entre la familia y la empresa en la empresa familiar", en Amat, J.M., i Corona, J. *El protocolo familiar. La experiencia de una década*, Ed. Deusto, Barcelona, pp. 40.
- Quintana, J. (2012). "Guía práctica para el buen gobierno de las empresas familiares." Instituto de la Empresa Familiar, Documento 165. www.iefamiliar.com
- Quijano González, J. (2010) en "El protocolo de las empresas familiares" en Calcaterra-Krasnow (dirs.) *Empresas de familia. Aspectos societarios, de familia y sucesiones, concursales y tributarios. Protocolo familiar*". La Ley, Buenos Aires, pp. 563.

- Randel S., Carlock, J. i Ward, L. (2003) “La planificación estratégica de la empresa familiar”, Deusto, Bilbao, pp. 36-46.
- Randel S., Carlock, J. i Ward, L. (2010) “La excelencia de la empresa familiar. El proceso de planificación para la empresa y la familia”, Deusto, Barcelona, pp. 57-79.
- Reyes López, M.J. (2015) “Relaciones familiares y su reflejo sobre la propiedad y administración en la empresa familiar” en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 199 i ss.
- Roca Junyent, M. (2005). “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario” en Garrido Melero, M. i Fugardo Estivill, J.M. (coord.) *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Ed. Bosch, Barcelona, pp. 23-61.
- Rosales Matienzo, R.N. (2011). “El régimen de sanciones familiares, patrimoniales y societarias” en Favier Dubois, E. (dir.) *El protocolo de la empresa familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*. Editorial Adhoc, Buenos Aires, pp. 557 i ss.
- Sáez Lacave, M.I. i Bermejo G, N. (2007). “Inversiones específicas, oportunismo y contrato de sociedad”. *Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, pp. 3 i ss.
- Sáez Lacave, M.I. (2009) “Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces” en Indret 3/2009, Barcelona, pp. 4-12.
- Sánchez-Crespo Casanova, A.J. i Calero Artero, J.K. (2001). “La empresa familiar: guía práctica de organización y funcionamiento.” Comares, Granada.
- Serna Gómez, H. i Suárez Ortiz, E. (2005) “La empresa familiar. Estrategias y herramientas para su sostenibilidad y crecimiento”. Temis, Bogotá, pp. 33.
- Tàpies, J. i Ceja, L. (2011) “Los protocolos familiares en países de habla hispana: como son y para que se utilizan.” IESE Business School. Universidad de Navarra , pp. 17.
- Vicent Chulià, F. (2004). “Introducción” y “Recapitulación” en *El Buen Gobierno de las Empresas Familiares*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, Navarra, pp. 17,18 i 231.
- Viera González, A. J. (2007). “Protocolo familiar, ¿un problema de política legislativa?” *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal: libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*, Ed. Marcial Pons, Vol. 3, pp. 1695.